

# *Les Concentrations en Droit de la Concurrence*

*Réalisé par :*

-  
*ATMANI Miloud*  
*Vladimir Jorge Gomez*

## **Introduction**

Conscient de la nécessité de mettre le droit marocain en diapason avec les normes internationales, la loi marocaine relative à la concurrence et la liberté des prix, a été adoptée dans un cadre de programme de réformes économiques visant la réhabilitation des mécanismes du marché et l'ouverture accrue de son économie sur l'extérieur.

D'application récente, la loi 6-99 avait pour but essentiel de moderniser l'environnement juridique et institutionnel de l'entreprise marocaine.

Matérialisant un processus de libéralisation, cette loi offre deux facettes, l'une consiste à limiter les excès de la concurrence, alors que l'autre réside dans la favorisation du développement de la concurrence et à la protéger. La lutte contre les atteintes à la concurrence vise ainsi à réprimer les pratiques anticoncurrentielles, mais également la lutte contre les concentrations d'entreprises qui arrivent à paralyser la concurrence et à permettre des abus de positions dominantes. Le mécanisme mis en place n'a pas pour finalité l'interdiction de la concentration des entreprises, lesquelles sont le plus souvent utiles pour la restructuration du marché, et du coup accroître la productivité et améliorer la compétitivité internationale.

La loi marocaine sur la concurrence est pragmatique et fortement inspirée du droit français (ordonnance de 1986) lui-même remanié par la loi NRE du 15 mai 2001. L'influence est manifeste tant sur le législateur marocain que son homologue tunisien, autant sur les conditions de contrôle que celles de la procédure suivie, malgré certains divergences. Néanmoins les ressemblances priment de loin sur les

différences. L'affiliation du législateur marocain et tunisien à l'ordonnance française, reflète l'intérêt que le modèle français de contrôle des concentrations a pour ses pays.

En vue d'élucider, sereinement que possible, la distinction entre d'une part le droit marocain et tunisien et d'autre part le droit français, nous optons pour une démarche comparative tout en mettant en toile de fond la vraie source d'inspiration, et si besoin est, déceler le contraste entre l'ancienne et la nouvelle loi française de contrôle des concentrations.

Dans notre approche nous tentons de scinder le présent exposé en deux volets, le premier sera consacré au champ d'application de la contrôlabilité alors que le seconde passera en revue les critères de déterminations des opérations de concentrations.

Toutefois, en vue de bémoliser le concept de la concurrence, ou bien encore le situer dans son cadre légal, objectivité oblige, nous signalons que la concurrence est analysée de par ses effets que sa forme. La concurrence est d'abord, un problème de nombre. Pour qu'un marché soit concurrentiel il faut qu'un nombre suffisant de rivaux se partagent les faveurs des consommateurs. Dans les situations où les entreprises profiteraient de leurs positions pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, la concentration sera proscrite. Par ailleurs, si la concentration ait pour le consommateur certains effets bénéfiques, elle sera prescrite.

## **Première Partie**

### **Le champ d'application**

Le champ d'application du contrôle d'une opération de concentration concerne, tantôt son objet **(A)** tantôt les entreprises acteurs de l'opération **(B)**.

#### **A Les opérations soumises au contrôle :**

Le législateur marocain ne définit pas la concentration en elle-même, préférant décrire les modalités juridiques conduisant à une telle opération. Il adopte l'approche suivie par plusieurs droits étrangers qui définissent rarement la concentration. C'est le cas du législateur français dans l'article 39 de l'Ordonnance française de 1986<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 39 de l'Ordonnance française de 1986, devenu art. L. 430. p.2 du nouveau Code de commerce : « La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise **ou** qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante.»

Cet article a été reproduit par le législateur marocain dans l'article 11 de la loi 6-99 sur la liberté des prix et de la concurrence<sup>2</sup> et l'article 7 alinéa 1 de la loi tunisienne sur la concurrence<sup>3</sup>. La formule adoptée est la même. Le champ d'application couvre d'un côté un transfert total ou partiel de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise et de l'autre côté les opérations permettant à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer « directement ou indirectement une influence déterminante sur une ou plusieurs autres entreprises ».

Cependant, il convient de souligner que si le législateur marocain qui s'est aligné sur son homologue français dans l'Ordonnance de 1986, a adopté une approche alternative, entre l'élément de concentration d'actifs ou l'élément de concentration des pouvoirs, pour définir la concentration, le législateur tunisien a choisi de cumuler ces deux éléments. Ainsi, pour qu'une opération de concentration soit contrôlable, elle doit résulter d'un acte de transfert de propriété ou de jouissance, ayant pour effet d'exercer une influence déterminante.

Néanmoins, la loi française du 15 mai 2001, NRE<sup>4</sup>, a modifié considérablement le titre III du livre IV du Code de commerce consacré au contrôle des concentrations. La concentration est désormais définie soit par son mode de réalisation, fusion entre entreprises antérieurement indépendantes, soit par son résultat, l'acquisition du contrôle, lequel est défini, comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise.

On analysant l'article 11 de la loi marocaine sur la liberté des prix et la concurrence, ont est devant des notions vagues qui soulève un certain nombre de difficultés. En occurrence la notion de l'influence déterminante n'est pas définie clairement par le législateur marocain.

Cette notion exprime-t-elle un contrôle de droit (51% du capital social) ou de fait (influence dans la gestion, la stratégie du marché de l'entreprise ou la prise de décision...) ? Et celle de transfert de propriété et de jouissance.

On propose, afin de cerner cette notion d'influence déterminante, de l'examiner sur d'autres cieux, au vu de la jurisprudence française et tunisienne.

---

<sup>2</sup> Dahir n° 1-00-225 du 5 juin 2000, portant promulgation de la loi 6-99 sur la liberté des prix et de la concurrence.

<sup>3</sup> Art. 7. p.1 de la loi tunisienne relative à la concurrence : « *Au sens de cette loi, la concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance de tout ou partie des biens, droits ou obligations d'une entreprise **ayant** pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante.* »

<sup>4</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, Journal Officiel du 16 mai 2001.

## **1 L'exercice d'une influence déterminante.**

Il s'agit là d'un élément extrêmement important dans la mesure où il traduit la place fondamentale de l'analyse substantielle en droit économique<sup>5</sup>. Telle définition, est pour qu'elle soit exhaustive nécessite de mettre en lumière un faisceau d'indices convergents : les droits de veto, les pactes d'actionnaires, la possibilité de nommer certains responsables...

Par réalisme, et pour appréhender cette notion d'influence déterminante, les autorités de contrôle ne doivent pas s'atteler à prouver l'existence d'un contrôle au sens du droit des sociétés sur l'entreprise cible. Mais elles doivent s'attacher à prouver que l'opération examinée confère à son bénéficiaire un véritable pouvoir.

Dans cette même veine, et s'efforçant de mettre en exergue l'impérative du pouvoir conféré, le Conseil tunisien de la concurrence a appliqué à la lettre le contenu de l'article 7 de la loi tunisienne sur la concurrence. Il a qualifié, l'achat par la société Total et la société Mobil de 25 % des actions de la société Esso d'opération de concentration économique. Il a justifié son choix par une démonstration dans laquelle il a révélé que cette opération d'achat des actions représentait un acte emportant un transfert de droits et qui permet aux deux premières sociétés d'exercer leur influence sur la troisième<sup>6</sup>.

L'influence déterminante a été analysée par le Conseil de concurrence tunisien comme une action opérée lorsqu'une entreprise exerce directement ou indirectement une influence sur une autre entreprise. Il s'agit d'influencer ses décisions, sa stratégie, ses actions en exerçant sur elle un certain contrôle lui faisant perdre son autonomie d'action, mais pas son indépendance juridique.

L'influence déterminante s'apprécie sous l'égide du pouvoir conféré. Il suffit de prouver que l'opération examinée octroie à son bénéficiaire un pouvoir pour vérifier l'existence d'une influence déterminée. C'est dire qu'une simple prise de participation, de 20% par exemple<sup>7</sup>, pourra être considérée comme une opération de concentration,

<sup>5</sup> Boutard-Labarde.M / Cavinet.G, Lgdj , « Droit Français de la Concurrence », paris, 1995, p 17.

<sup>6</sup> Avis consultatif du Conseil de la concurrence n°1/99 du 11 février 1999 relatif à une concentration économique dans le domaine des huiles des moteurs et des appareils industriels, Rapport annuel du Conseil de la concurrence de 1999, p. 67

<sup>7</sup> Dans l'opération C2001-190 CGST Save/Domoservices10, le groupe GDF a été considéré comme exerçant une influence déterminante sur CSGT Save, bien que sa participation soit limitée à 20 % du capital, compte tenu du cumul des éléments suivants : seul opérateur industriel présent au capital, rôle dans l'adoption des décisions majeures, consolidation de la participation de GDF par mise en équivalence, droit de préemption prioritaire, droits de veto différents des autres actionnaire minoritaires. C2001-190 - CGST Save/ Domoservices, décision du 25 juin 2002.

si elle permet à l'actionnaire d'exercer une influence déterminante sur les choix de gestion.

Commodément et en vue d'apprécier cette influence déterminante, le Conseil de la concurrence français n'hésite pas à tenir compte des pactes d'actionnaires ainsi que de la situation de l'entreprise cible ou de l'entreprise menant l'opération. Ainsi, en matière de participation minoritaire, l'arrêté Coca-Cola/Orangina comme l'avis du Conseil de la concurrence français relèvent que « *la société The Coca Cola Company (TCCC) exerce une influence déterminante sur la société CCE; qu'en conséquence, ces deux sociétés doivent être regardées comme constituant un seul groupe* ».

Cette analyse repose sur le fait que TCCC détient près de 45 % du capital de CCE et 50% des voix lors des assemblées, que TCCC représente 91% du chiffre d'affaires total de CCE et qu'il est « *fort improbable que les autres actionnaires de CCE votent en bloc contre TCCC [...] les activités de CCE [étant] inextricablement liées à celles de TCCC* »

Mieux encore, et suivant une analyse poussée, le Conseil de la concurrence français, a estimé que l'on pouvait caractériser une influence déterminante, même lorsque l'entreprise n'a aucune participation au capital, dès lors qu'elle détient une partie substantielle du passif et peut de la sorte exercer une influence déterminante sur les choix opérés par l'entreprise cible (Avis C.C. 15 octobre 1991, et arrêté du II mars 1992, BOCC, 14 mars 1992).

Les autorités chargées du contrôle doivent rechercher la réalité économique au-delà des formes juridiques adoptées par les entreprises qui participent à la concentration. Le caractère déterminant de l'influence est établi, non pas par rapport à un critère juridique strict, mais par rapport à une approche plus large, à la fois économique, juridique et technique. C'est sur le critère de prise de contrôle qu'est basé tout acte de concentration. La prise de contrôle est une notion juridique qui désigne de manière générique les opérations de concentration<sup>8</sup>. En somme, c'est la perte de décision de l'entreprise qui sera l'indice décisif pour prouver l'existence d'une opération de concentration.

## **2 Le transfert de la propriété et de la jouissance :**

---

<sup>8</sup> CLEMENT.B, « La Libre Concurrence », PUF, 1997, p 33.

La loi vise essentiellement les opérations qui affectent la structure d'une entreprise comme la fusion-absorption, la fusion-scission, la fusion-combinaison, la prise de participation majoritaire (se caractérise par le fait qu'une société se rend propriétaire d'une fraction des titres d'une autre société) ou la prise de contrôle (se caractérise par la détention d'un pourcentage supérieur à 50 %). S'appuyant sur la qualification de cette notion, le Conseil de la concurrence français a considéré que la cession réciproque de salles de cinéma constituait un transfert de propriété (12 janvier 1993 et arrêté du 18 mars 1993, Rec. Lamy n° 525).

Le seul fait d'acquérir ou de souscrire des actions lors d'une augmentation de capital d'une entreprise, ne constitue pas en soi un transfert de propriété ou de jouissance. En revanche, il peut l'être, si le nouvel actionnaire exerce un véritable pouvoir, et partant concrétise une influence. On voit, donc, que l'élément crucial et révélateur, est le pouvoir exercé.

La loi marocaine à l'instar de la loi tunisienne relative à la concurrence, qui puisent leurs essences de l'ordonnance française de 1986, ne mentionnent pas la création des entreprises communes. Si on interprète strictement l'article 11 de la loi marocaine et l'article 7 de la loi tunisienne, certaines opérations relatives à ses filiales communes peuvent échapper au champs d'application de ses articles. La création de filiales (entreprises) communes est une forme de coopération structurelle entre entreprises qui gardent toutefois leur autonomie. Le problème ne se limite pas au droit marocain seul, mais il concerne tous les droits de la concurrence qui connaissent un double contrôle, sur les pratiques anticoncurrentielles d'une part, sur les concentrations de l'autre.

### **3 Filiales communes**

Les filiales communes posent des problèmes délicats. En effet, Elles peuvent, tout en permettant notamment une réduction des coûts, participer à l'efficacité économique. Elles peuvent aussi être un moyen de mener une politique anticoncurrentielle en répartissant les marchés ou en menant une politique de prix anticoncurrentielle. Cette ambivalence des filiales communes a suscité beaucoup de problèmes de qualification et de savoir s'il s'agit d'une entente ou bien d'une concentration, laquelle est un facteur d'insécurité juridique.

Le principe est qu'a priori l'entreprise commune relève du contrôle des concentrations et échappe en conséquence à la prohibition des ententes. En tant que telle, elle ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle mais elle peut en dissimuler une.

La réponse à cette épineuse question, se recel de la loi NRE du 15 mai 2001, qui a remanié l'ordonnance de 1986. D'ailleurs l'article 430-1 du nouveau code de commerce français inclut la création des entreprises communes « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». Le critère qui permet de qualifier la création d'une entreprise commune de concentration est le fait que celle-ci soit « de plein exercice » dans le champ du contrôle des concentrations (c'est-à-dire qu'elle puisse être considérée comme une véritable entreprise et non comme un instrument des entreprises parentes dédié au simple accomplissement d'un nombre limité de tâches).

Après une longue controverse à ce sujet, le Ministre de l'Economie et le Conseil de la concurrence français, s'étaient accordés pour arriver au même résultat : constituent une concentration uniquement les entreprises communes (joint-ventures) qui sont contrôlées conjointement par deux sociétés mères indépendantes et qui disposent de ressources financières, humaines et matérielles suffisantes pour exercer une véritable activité économique indépendamment de leurs sociétés mères. Par exemple, la création d'une entreprise commune qui aurait pour seule fonction de fabriquer ou de vendre les produits de ses sociétés mères ne devrait pas constituer une concentration.

Imprégné par cette approche, Le Conseil de la Concurrence français estime que seule une entreprise commune totalement indépendante des sociétés qui l'ont créées, ce qui est rare, relève du contrôle des concentrations, les autres relevant du contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

## **B Les entreprises concernées.**

Avec l'irruption de l'entreprise au sein de la vie juridique, la notion d'entreprise a pris un sens tout à fait différent. Elle a engendré une certaine confusion par rapport aux principes fondamentaux du droit. Les juristes analysaient donc l'entreprise du point de vue purement juridique tout en retenant sa définition économique.

La notion d'entreprise est souvent difficile à appréhender car il s'agit d'un concept économique qui bouscule les définitions juridiques dans des domaines très différents. Si le rôle de cette notion est bien connu, paradoxalement, un certain flou semble régner lorsqu'il s'agit d'en déterminer le contenu.<sup>9</sup> Il est entendu, que l'existence de l'entreprise est indépendante de la forme juridique adoptée, de la personnalité morale, du caractère lucratif ou non de l'activité exercée et du mode de financement.

Le conseil de la concurrence français a affirmé, dans l'affaire Apple. IMSI contre I.BLIS-SISR-Société du Progrès Informatique, que l'entreprise est reconnue par ses activités et non par sa forme juridique. Il suffit qu'elle soit un agent économique qui exerce une activité économique sans tenir compte qu'elle est une personne physique ou morale<sup>10</sup>.

L'orientation du Conseil de la Concurrence en France s'allie à celle de la Cour de justice des Communautés européennes qui considère que la reconnaissance à une filiale d'une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité de voir son comportement imputé à la société mère. Tel peut être notamment le cas lorsque la filiale ne détermine pas, de façon autonome, son comportement sur le marché, mais applique, pour l'essentiel, les instructions qui lui sont imparties par la société mère<sup>11</sup>.

Aucune définition, encore moins une distinction, n'a été portée sur la notion d'entreprise et groupe d'entreprise, ni dans l'ordonnance de 1986, ni la loi 6-99 marocaine(article 11), ni non plus dans la loi tunisienne relative à la concurrence (article 7). Toutefois, ces deux notions sont semblables sur le plan juridique, et englobe le même contenu substantiel sur le plan matériel. D'ailleurs, le conseil de la concurrence français a même jugé dans l'affaire Poulina qu'« il n'y avait pas de différence entre une entreprise ou un groupe d'entreprises sur le plan de la qualification juridique » ; il a considéré qu'il n'était pas nécessaire pour la considération d'un groupe en tant qu'entreprise qu'il existe une personnalité juridique

---

<sup>9</sup> Op.cit, « Droit Français de la Concurrence », paris, 1995, p 11.

<sup>10</sup> Affaires n°3-4-5/1993, Apple. IMSI contre I.BLIS-SISR-Société du Progrès Informatique, Rapport d'activité du Conseil de la concurrence de 1993-1994, p. 44.

<sup>11</sup> Arrêt du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company / Commission, Affaire. 6-72, Rec. 1973, p.21

propre, mais qu'il suffisait d'avoir des relations financières, commerciales ou structurelles entre des entreprises qui peuvent garder leur indépendance juridique<sup>12</sup>.

Le législateur marocain dans l'alinéa 2 de l'article 10, ainsi que le législateur tunisien dans l'alinéa 3 de l'article 7, suivent leur homologue français dans sa détermination du champ d'application du contrôle. Qui prévoit que ses dispositions s'appliquent à toutes les entreprises concernées par l'opération de concentration, qu'elles en soient parties à l'acte ou objet, ainsi qu'aux entreprises qui leur sont économiquement liées.

### **1 Les entreprises parties ou objet de l'acte de concentration**

Ce sont celles qui ont effectivement réalisé une concentration par un acte, quelle qu'en soit la forme. En faisant référence à la notion d'acte, le législateur marocain a voulu exclure du champ du contrôle les concentrations économiques issues d'une croissance interne à l'entreprise (croissance inhérente au seul développement de l'entreprise elle-même), lesquelles relèvent du droit de la position dominante<sup>13</sup>.

Le législateur a choisi toutefois de soumettre au contrôle toute opération constituant une croissance externe de l'entreprise. Peuvent être considérés comme actes conduisant à des concentrations, la fusion de sociétés, la cession d'une filiale par sa société mère, l'acquisition d'une participation ou de contrôle. En analysant méticuleusement ces actes, on constate que les contrats de location-gérance, les licences de droits de propriété industrielle, sont des opérations de concentration au même titre que la prise de participation. Bien que l'article 11 de la loi marocaine sur la concurrence mentionne le transfert de biens, droits et obligations, la concentration ne se réduit pas aux transmissions de tout ou partie du patrimoine d'une entreprise. L'évolution constante des transactions impose une interprétation plus large<sup>14</sup>. En fin de compte, le résultat compte plus que la forme et les apports en société, les apports en numéraire ou en nature peuvent rentrer dans la définition de l'acte précité.

### **2 Les entreprises économiquement liées**

---

<sup>12</sup> Affaire n°2/1994, Ministre de l'économie nationale contre les sociétés Poulina, Mornag Ezzahra, Jenan et le Coq, Rapport annuel du Conseil de la concurrence de 1997.

<sup>13</sup> SERRA.Y, « le Droit français de la Concurrence », DALLOZ, 1993, p 47.

<sup>14</sup> Jaouida GUIGA, « Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation », Centre de Publication Universitaire, Collection M/ Sciences juridiques, Tunis 2002, p. 78

Ce sont celles avec lesquelles les entreprises objet ou parties de l'acte nouent des liens, de quelque nature qu'ils soient. Ces liens peuvent être formels ou informels comme les relations entre société mère et filiales, la prise de participation, juridiques, financiers ou économiques, comme par exemple dans le cas des entreprises dont les parties détiennent un volume de créances important. Le champs des « entreprises économiquement liées » s'apprécie au cas par cas, car la volonté du législateur a été de refléter la réalité économique, sans s'arrêter à des formes juridiques.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Louis VOGEL, « Droit de la concurrence et concentration économique », *Economica*, Paris, 1988, p. 427

## **Partie Deuxième : Les seuils d'exercice du contrôle.**

Les seuils d'exercice du contrôle posent deux grandes problématiques : la première est l'application cumulative et alternative des seuils (A) et la deuxième concernant les cadres procéduraux (B).

### **A l'application cumulative et alternative des seuils**

Dans tous les systèmes de contrôle des concentrations, l'exercice du contrôle est soumis à des seuils pour juger du degré de concentration de la puissance économique et le droit marocain de la concurrence n'a pas échappé à cette règle.

Le mécanisme prévu par l'Ordonnance de 1986 dans son article L430-1 (avant l'adoption de la loi du 15 mai 2001, NRE) a recouru à des seuils alternatifs, le seuil du chiffre d'affaires, et un seuil traditionnel en droit de la concurrence qui est celui des parts de marché.

Le législateur tunisien a retenu dans l'article 7 de la loi sur la concurrence les mêmes seuils, mais qui s'appliquent cumulativement, d'une part, les parts de marché, et de l'autre, le chiffre d'affaires global réalisé par les entreprises. L'alinéa 3 de cet article prévoit en effet, que ses dispositions s'appliquent sous la double condition que :

- La part de ces entreprises réunies dépasse durant le dernier exercice 30 % des ventes, achats ou toutes autres transactions sur le marché intérieur pour des biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle de ce marché ;
- Le chiffre d'affaire global réalisé par ces entreprises sur le marché n'excède pas un montant déterminé par décret.

Pour sa part le législateur marocain a dérogé à l'ordonnance de 1986, et table seulement sur les parts de marché, l'alinéa 2 de l'article 10 de la loi 6-99 stipule qu'il devrait y avoir une réalisation de 40 % des ventes, achats, ... sur une partie substantielle du marché nationale. Cette formulation pêche pour son ambiguïté, Comment quantifier cette partie substantielle. Cette expression en part de marché est complexe, car il faudra à l'avance définir les marchés pertinents. D'ailleurs, le seuil en parts de marché a été supprimé par la loi NRE. L'article 430-2 NCC raisonne

d'ores déjà, exclusivement en termes de chiffre d'affaire, ce qui autorise un meilleur contrôle.

## **1 La part de marché**

Le droit marocain ne définit pas clairement la notion du marché. Il se borne à prévoir dans l'article 11 de la loi 6-99 que ses dispositions s'appliquent sur le marché intérieur des biens, produits ou services substituables, ou une partie substantielle de ce marché. Ce marché de référence est bidimensionnel : il comprend, d'une part, les biens, produits et services pour lesquels les entreprises concernées se trouvent en concurrence avec d'autres entreprises, et d'autre part, l'espace géographique dans lequel se situe cette concurrence.

Ainsi, ne seront pris en considération pour un marché donné que les produits ou services que le consommateur considère comme substituables ou interchangeables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

En droit marocain, comme en droit français, les marchés affectés sont spécialement donc, ceux où opèrent les entreprises parties à la concentration. Il s'agit toujours des parts de marché au Maroc pour l'article 10 de la loi marocaine sur la concurrence et des parts de marché en France pour (article L.430-1 du nouveau Code de commerce). Cependant, une différence de taille singularise les deux marchés. Versus le marché français qui est mieux élaboré et potentiellement concurrentiel, le marché marocain est dans un état embryonnaire, en raison de la structure du tissu productif composé principalement de (90-95%) de PMI et PME. L'objectif visé par la loi marocaine est d'améliorer la stabilité du marché tout en interdisant l'émergence de groupes dominants pouvant fausser la concurrence.

Le seuil de contrôle adopté au Maroc est de 40% de part de marché réalisées sur le marché national, ce faisant le législateur marocain a voulu à la fois exclure les opérations minimales de son champs du contrôle et d'encourager les exportations. Concernant le législateur tunisien, il a adopté les mêmes mécanismes en circonscrivant le seuil à 30% sur son marché intérieur. Dans cette veine, et en mettant en relief ce taux, le Conseil tunisien de la concurrence a considéré que la fusion de deux unités hôtelières Sadrabal Port Kantaoui et Sadrabal Jerba avec Sadrabal Thalassa ne peut pas être contrôlée en tant qu'opération de concentration économique

puisque la part de marché des deux hôtels est de 3,32 % et n'atteint pas ainsi les 30 % exigés par l'article 7 alinéa 3 de la loi de la concurrence<sup>16</sup>.

## **2 Chiffre d'affaire :**

Une autre condition utilisée à la fois par le législateur français et tunisien, c'est le chiffre d'affaires. Le droit tunisien s'aligne sur le droit français, mais avec quelques différences. Le législateur tunisien préconise dans son article 7 alinéas 4 que le chiffre d'affaires s'étend de la différence entre le chiffre d'affaires globale hors taxes de chacune de ces entreprises et la valeur comptabilisée de leurs exportations directes ou par mandataire. Il s'agit de toutes activités confondues et non du chiffre d'affaires sur les marchés affectées par l'opération. Tandis que son homologue français, met l'action sur le chiffre d'affaire hors taxes réalisés par au moins deux entreprises sur opération de concentration donnée.

Pour sa part, le législateur marocain opte exclusivement pour les parts de marché, critère peu rigide et caduc dans le nouveau droit de la concurrence. Telle approche, nécessite la délimitation préalable du marché pertinent, notion qui suscite éclaircissement et précision. On se penchant à justifier la concentration sous le prisme du part de marché, on escamote une branche d'activité très importante, qui quoiqu'elle détiennent une faible part de marché, a un chiffre d'affaire faramineux. D'ailleurs le chiffre d'affaire à l'avantage d'appréhender des opérations de concentration menées par des entreprises ne disposant pas d'une part substantielle du marché, néanmoins leurs chiffres d'affaires sont extrêmement gigantesques. C'est le cas de la grande distribution.

La loi NRE du 15 mai 2001 en France a remanié l'ordonnance de 1986. Les seuils de part de marché sont abandonnés en faveur des chiffres d'affaire. Ce faisant, Les critères de contrôlabilité ont été simplifiés et se fondent désormais sur des seuils en chiffres significatifs de la puissance économique et financière des opérateurs

Le nouvel article L 430-2 subordonne désormais le contrôle à trois conditions cumulatives. Pour qu'une opération de concentration soit soumise au contrôle des autorités françaises, elle doit d'abord ne pas entrer dans le champs de la compétence exclusive de la commission des CE, ensuite, le chiffre d'affaire total mondial hors taxe de l'ensemble des entreprises parties à la concentration doit être supérieur à 150

---

<sup>16</sup> Op.cit, « Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation », p 82.

millions d'euros et le chiffre d'affaires total hors taxe réalisé par deux au moins des entreprises concernées doit dépasser 50 millions d'euros.

## **B Les systèmes procéduraux**

Bien que le système procédural marocain relatif au contrôle des concentrations se distingue du système français par la notification obligatoire (avant l'adoption de la loi NRE), beaucoup d'autres aspects communs rassemblent les deux systèmes et nous conduisent à constater que le législateur marocain s'est beaucoup inspiré des orientations de l'Ordonnance française de 1986 dans sa mise en œuvre des procédures à suivre lors du contrôle d'une opération de concentration économique.

L'imprégnation est manifeste lors de l'acte de notification **(1)** et de l'appréciation de la concentration **(2)**.

### **1 La notification**

La notification d'un projet de concentration est donc obligatoire en droit marocain. Contrairement à l'Ordonnance française de 1986, où la notification de tout projet ou concentration étaient facultatives, laquelle a été souvent critiquée par la doctrine française, compte tenu de son inefficacité et de son opacité. Dorénavant, et avec l'adoption de la loi NRE du 15 mai 2001, la notification est obligatoire. Le législateur marocain a préféré instaurer un contrôle a priori qui présente d'indéniables avantages, notamment en termes de transparence et de sécurité juridique.

Le dispositif mis en place par le législateur marocain consiste en une juxtaposition de deux modes de déclenchement du contrôle : l'un est direct, sur l'initiative des entreprises, l'autre est indirect, sur l'initiative du Conseil de la concurrence.

#### **1.1 Le déclenchement direct**

Soucieux d'avoir un rôle préventif qui permet d'éviter les aléas et les conséquences désastreuses non notifiés voire non régulés, et préoccupé par ses effets irréversibles, le législateur marocain a opté pour un système de notification préalable et obligatoire. L'article 12 de la loi 6-99 oblige les entreprises concernées par un projet de concentration à notifier au 1<sup>er</sup> ministre cette opération.

La loi 6-99 n'est pas claire au délai de notification. Aucune disposition relative à ce type d'opération ne mentionne un délai précis de notification. On pourrait interpréter le texte de la loi comme créant une obligation immédiate de notification dès que les accords d'acquisition/ fusion ont été conclus. A contrario le législateur

tunisien dans son article 8 élargie la notification soit au stade de projet, soit au maximum dans les quinze jours qui suivent la date de la conclusion de l'accord.

L'intérêt pour les entreprises de déclencher elles-mêmes la procédure de contrôle réside dans la garantie des délais : au Maroc, en cas de notification, le silence du 1<sup>er</sup> ministre gardé pendant deux mois vaut décision tacite d'acceptation et en cas de saisine du Conseil de la concurrence pour avis, le délai est porté à six mois (article 12 alinéa 3). Pour la loi tunisienne, la même procédure s'applique, avec une différence dans les délais.

L'obligation de notification en droit marocain comme d'ailleurs en droit tunisien, a un corollaire logique qui est la suspension. La notification a, par conséquent, des effets suspensifs de la mise en œuvre du projet de concentration ainsi que des engagements qui y sont joints. A cet effet, les entreprises ne doivent pas entamer la réalisation du projet de concentration en cours d'examen. En droit français, une obligation de suspension a été introduite à l'article L.430-4 du la NRE L'opération est suspendue aussi longtemps que le ministre n'a pas pris position.

L'article 12 de la loi marocaine (la loi 6-99), stipule que «... la notification peut être assortie d'engagements,». Ces engagements pouvant faciliter l'appréciation de l'opération en termes de bilan économique et contrebalancer les inconvénients liés aux restrictions de concurrence découlant de la concentration. Ils peuvent consister en des cessions d'actifs ou en un retrait d'un marché particulier ou, d'une façon générale, en toute mesure susceptible de rétablir la concurrence sur le marché.

Le législateur tunisien est très explicatif sur ce point, étant donné qu'il mentionne clairement dans l'alinéa 2 de son article 8 que « La notification peut être assortie d'engagements destinés à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence. ». Lors de son contrôle d'une opération de concentration dans le domaine des huiles des moteurs et des appareils industriels<sup>17</sup>, tout en se basant sur cette opportunité, le conseil de la concurrence tunisien a approuvé l'opération de concentration entre Esso et Shell, à condition d'annuler certaines dispositions du projet de l'acte de concentration. Il s'agit, d'une part, d'une clause dans l'accord de concentration qui stipule que la nouvelle société concentrée doit avoir l'accord de 3/4 des membres du Conseil d'administration pour pouvoir conclure des contrats avec des clients non-actionnaires, et d'autre part, d'une clause qui stipule que seuls les

<sup>17</sup> Avis consultatif du Conseil de la concurrence n°1/99 du 11 février 1999 relatif à une concentration économique dans le domaine des huiles es moteurs et des appareils industriels, Rapport annuel du Conseil de la concurrence de 199, p 67.

actionnaires peuvent bénéficier d'un tarif unique. Ce sont des clauses jugées discriminatoires par le Conseil de la concurrence, et qui peuvent porter atteinte à la concurrence au sein du marché.

## **1.2 Le déclenchement indirect**

. Le 1<sup>er</sup> ministre examine le dossier de notification, interroge les parties et saisit le conseil de la concurrence, ce dernier, doté simplement d'un rôle consultatif, apprécie si l'opération de concentration projetée « *apporte au progrès technique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* »

En saisissant le conseil de concurrence celui-là, peut constater pendant son examen qu'une exploitation abusive d'une position dominante résulte d'une concentration d'entreprises. Dans ce cas, il peut, en vertu de l'article 36, recommander au 1<sup>er</sup> ministre de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles.

Le législateur marocain n'a pas suivi entièrement le législateur français. Car, contrairement à ce dernier qui octroie au Conseil de la concurrence la possibilité de demander au ministre chargé de l'économie de prendre certaines mesures, le législateur marocain n'accorde au Conseil de la concurrence qu'un pouvoir de proposition au 1<sup>er</sup> ministre. Ce dernier possède un pouvoir discrétionnaire de suivre ou de ne pas suivre ladite proposition.

Un contrôle efficace de la concentration n'aboutira solennellement que lorsqu'il y aura une volonté politique affichée, renforçant les pouvoirs exercés par le Conseil de la concurrence. Qui peut agir en amont, lors de l'élaboration des opérations de concentrations, en veillant à la conservation du tissu macro-économique fragile du pays, et en aval sur la régulation et la réglementation des opérations de concentrations. Ce mécanisme ne peut donner de résultats satisfaisants pour peu que le conseil de la concurrence soit nanti d'une grande vigueur et une ample latitude qui lui permet de planer avec un oeil de vigilance sur toutes l'établissement ou contrôle de projet ou opération de concentration.

L'auto-saisine du Conseil de la concurrence va lui permettre d'intervenir et de signaler la concentration au 1<sup>er</sup> ministre, même si l'abus de la position dominante, née de la concentration économique, n'a été pas soulevé par les parties. Si le 1<sup>er</sup> ministre suit la proposition du Conseil de la concurrence, les procédures du contrôle se déclenchent par une décision motivée, Cette décision peut comporter des injonctions (article 43 de la loi 6-99).

## **2 L'appréciation de la concentration**

Une opération de concentration ne peut être l'objet d'une injonction que si elle aboutit dans la création d'une position dominante sur le marché ou dans le renforcement d'une telle position. À cet égard, le Conseil de la concurrence, seule autorité compétente pour apprécier de tels effets, prend en compte les parts des marchés des parties et les circonstances particulières de chaque segment du marché notamment le degré existant de concentration du marché.

Mais l'examen ne s'arrête pas là. En effet, l'appréciation de la concentration, en droit marocain, se fait sur la base d'un bilan économique et technique. Ce bilan s'établit à partir des données fournies par les entreprises dans le rapport sur l'économie du projet de concentration, il prend en compte, lors de l'appréciation d'une concentration, la contribution suffisante qu'elle apporte au progrès économique et qui compense les atteintes à la concurrence. En d'autres termes, le législateur marocain a choisi l'approche qui privilégie une expertise économique aboutissant à l'établissement d'un bilan économique de la concentration. Le bilan économique s'effectue dans deux cas en droit marocain de la concurrence :

d'un côté, le conseil de la concurrence, après sa saisine par le 1<sup>er</sup> ministre et en vertu de l'article 42 de la loi de la concurrence, lors de la notification préalable, juge si le projet de concentration peut amplement compenser les atteintes à la concurrence.

D'un autre côté, le conseil de la concurrence lors de l'élaboration de son avis en vertu de l'article 45 de la loi 6-99, apprécie dans le cas où il constaterait pendant son examen des cas d'exploitation abusive d'une position dominante qui résulte d'une concentration d'entreprise.

Le conseil de la concurrence doit prendre en considération, lors de l'appréciation du projet ou de l'opération de concentration économique, la nécessité de la consolidation ou de la préservation de la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale. Cette appréciation sous-entend une distinction nette et consciente entre les bonnes concentrations et les mauvaises. En d'autres termes, même en l'existence d'une concentration palpable, il faut que le conseil de concurrence exhibe les avantages sous-jacents de cette concentration.

Tourmenté par le sort d'une entreprise en difficulté, le conseil de la concurrence en France a validé un acte de concentration, malgré que l'opération fût suspecte, au motif que celle-ci permettait le redressement de la société rachetée, et la préservation

de l'emploi<sup>18</sup>. L'accent été mis sur le bilan économique au détriment de la nuisibilité de l'opération de la concentration à condition que les avantages offerts sur le plan économique dépassent des inconvénients générés.

Il convient de souligner toutefois que, si le bilan opéré par le Conseil de la concurrence est un bilan économique dressé d'abord en termes concurrentiels qui n'intègre ni des données tenant au progrès social ni des aspects sociaux de la concentration, le 1<sup>er</sup> ministre à la possibilité, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 43, de subordonner la réalisation de l'opération de concentration à l'observation de prescriptions de nature à apporter au progrès social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

Nous pouvons constater une distinction entre la possibilité laissée au 1<sup>er</sup> ministre de tenir compte du progrès social et l'interdiction faite au Conseil de s'y référer. La décision d'autoriser l'opération de concentration relève, en fin de compte, de la discrétion du 1<sup>er</sup> ministre.

Le contrôle est, en effet, opéré essentiellement par le 1<sup>er</sup> ministre au Maroc, Le Conseil de la concurrence ne conserve qu'un rôle purement consultatif, en Tunisie ce rôle est assigné soit au ministre chargé du commerce soit au ministre dont relève le secteur concerné. La décision n'intervient pas nécessairement dans les limites de l'avis du conseil. Les pouvoirs politiques ont donc une large marge de manœuvre. Si l'avis du Conseil constitue une formalité préalable indispensable, il ne lie le 1<sup>er</sup> ministres, ni en ce qui concerne l'appréciation de l'opération, encore moins en ce qui concerne les suites à donner.

En France, ces dispositions rendent indispensable une motivation précise de la décision, et tout particulièrement dans les hypothèses où le ministre s'écarte de l'avis du Conseil pour des motifs autres qu'économiques ou bien souhaite intervenir alors que le Conseil aura estimé inapplicable les dispositions relatives à la concurrence : hypothèses où il estimera que les seuils ne sont pas atteints, que le marché de référence doit s'apprécier strictement, ou s'il juge que l'opération ne porte pas atteinte à l'état de la concurrence dans un secteur<sup>19</sup>.

En définitif, pour que le contrôle des concentrations ait vocation à s'appliquer, l'opération envisagée doit être, au sens de la loi 6-99, « une concentration » et les

---

<sup>18</sup> Conseil de la concurrence en France, avis du 26 février, BOCC, 1998, p63.

<sup>19</sup> Jean-Mathieu COT et Jean-Patrice DE LA LAURENCIE, « Le contrôle français des concentrations », Paris, LGDJ, 1997, p. 432.

seuils de notification obligatoire, fondés sur les parts de marché doivent être franchis (40%).

Lorsqu'il apparaît, à l'issue de la première phase d'examen, que l'opération risque de porter atteinte à la concurrence, soit le 1<sup>er</sup> ministre l'autorise sous condition d'engagements, soit il saisit pour avis le Conseil de la concurrence.

A l'issue de cette phase d'examen approfondi, le 1<sup>er</sup> ministre rend une décision motivée sur l'opération dans laquelle s'attache à évaluer l'impact de l'opération sur la concurrence. En cas d'identification d'un risque d'atteinte à la concurrence résultant de la concentration examinée, l'opération est conditionnée à des injonctions prononcées par le 1<sup>er</sup> ministre ; si des remèdes ne peuvent être définis, l'opération est interdite.

Dans certains cas particuliers, le 1<sup>er</sup> ministre peut aussi conclure, à l'issue de la phase d'examen approfondi, que le bilan concurrentiel négatif est contrebalancé par la contribution de l'opération au progrès économique et social.

## **Conclusion**

La matrice de base de la loi 6-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence, est sans doute, l'ordonnance française de 1986. Le fondement du système marocain de contrôle des concentrations est similaire, tant au niveau substantiel qui met en exergue le bilan économique ; que sur le plan procédural partageant les compétences entre une autorité politique (1<sup>er</sup> ministre au Maroc et ministre de l'économie en France) et un organe spécialisé dont le rôle qui lui est dévolu diffère d'un pays à l'autre. Ce sont d'ailleurs ses caractéristiques qui font du contrôle de concentrations un instrument politico-économique. La différence palpable entre les deux systèmes, à notre sens, n'a pas trait aux moyens utilisés ni plutôt aux objectifs escomptés, mais l'absence de synergie entre moyens et objectifs.

Néanmoins, si le droit de la concurrence est très évolué en France grâce à une conscience des pouvoirs publics et de l'intérêt de contrôle des concentrations d'une part, et de la prépondérance de l'organe régulateur des concentrations d'autre part, il n'en demeure pas moins pour le Maroc. L'inefficacité du système marocain est manifeste, et ce sur plusieurs niveaux. Outre le rôle modiquement consultatif du Conseil de la concurrence, la défiance du gouvernement, sciemment optée, est pour quelque chose. Cette situation déconvenue est le résultat d'une loi lacunaire et le produit d'une application fragmentaire de la loi.

L'anémie du système marocain du contrôle de la concentration réside dans le rôle inopérant de l'organe régulateur des concentrations, quoi qu'il est établi, ce qui témoigne d'une façon irréfutable de la carence du système c'est pourquoi il faut impérativement repenser le rôle de cet organe pivot.

Certes, la législation marocaine relative à la concurrence et notamment le contrôle des concentrations à besoin d'être précise, clarifiée et surtout perfectionnée. Ces améliorations ne nécessitent pas une modification ou amendement totale de la loi, elles peuvent être faites par l'adoption de décrets explicatifs de certaines notions encore floues. Cependant, il serait illusoire de penser que tous ses inconvénients pourraient disparaître par une mise à niveau d'une notion juridique. Autrement dit, ces précisions juridiques, conforme à la réalité de la loi de concurrence, ne suffisent pas à elles seules d'assurer loyauté et transparence, mais il faut qu'elle soient épaulées voire consolidées par une volonté politique déterminante de la part des autorités étatiques.

Doté le système de contrôle et en particulier le conseil de la concurrence de tous les moyens adéquats, les techniques fiables et les ressources humaines qualifiées pour remplir convenablement sa mission, est le hic à surmonter. Assainir et rendre le droit de la concurrence au Maroc plus performant est une démarche indispensable et recommandable, si bien que beaucoup reste à faire il ne nécessite pas forcément une refonte globale et hasardeuse du système mais il est loisible d'insuffler minutieusement quelques doses de changements qui épurent le climat de la concurrence au Maroc. Pour finir, il faut professer, qu'entre objectifs extrapolés et l'état du lieu du système marocain il y a, certes, des pas à franchir et le Maroc doit choisir le bon sens.

## **Bibliographie**

### **Les lois :**

- Dahir n° 1-00-225 du 5 juin 2000, portant promulgation de la loi 6-99 sur la liberté des prix et de la concurrence.
- L'Ordonnance française de 1986
- La loi tunisienne relative à la concurrence et aux prix
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, Journal Officiel du 16 mai 2001.

### **Les ouvrages :**

- Boutard-Labarde.M / Cavinet.G, Lgdj , « Droit Français de la Concurrence », paris, 1995, p 17.
- CLEMENT.B, « La Libre Concurrence », PUF, 1997, p 33.
- SERRA.Y, « le Droit français de la Concurrence », DALLOZ, 1993, p 47.
- Jaouida GUIGA, « Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation », Centre de Publication Universitaire, Collection M/ Sciences juridiques, Tunis 2002, p. 78
- Louis VOGEL, « Droit de la concurrence et concentration économique », Economica, Paris, 1988, p. 427
- Jean-Mathieu COT et Jean-Patrice DE LA LAURENCIE, « Le contrôle français des concentrations », Paris, LGDJ, 1997, p. 432.

### **Jurisprudences**

- Le conseil de la concurrence français.
- Le conseil de la concurrence tunisien.

## **Table de matière**